

はそうではない。問題は、とりわけ、許可そのものが法律上許された危険を超えているためすでに違法であるが、しかし無効ではない、という場合である。そのような場合において、許可に基づく行為が侵害を惹起したとき、受忍できる危険を違法に超過することを行為者が認識していたならば、刑法上の責任を肯定しなければならない。その場合、許可を援用することは権利濫用である。

あるだけでは、通常、不可罰とすることはできない。なぜなら、許可される資格の援用により許可手続を回避することが許されるとしたら、許可手続は無意味なものになってしまうからである。例外は、官庁には許可を与える義務があったのに、違法に許可を拒否した場合に限られる。この場合、不可罰、あるいは少なくとも、後に認可拒否が取り消された場合には刑の取消事由を認めることができる。

50 官庁が行為を黙認していることも、原則として、許可に代わるものとはなりえない。なぜなら、法律による禁止は法律形式によってのみ失効されうるものだからである。ただし、官庁の禁止権限を用いない旨の、拘束力ある、かつ裁量に過誤のない確約は、許可と同視することができる。さらに、認可を受ける資格のある行為が黙認されている場合は、回避不能な禁止の錯誤が認められることも多い。学説ではさらに、そのような場合は行為の不法内容は形式的手続違反に尽きているとして、処罰阻却事由も考慮されている。だが、それは、327条のように、規定の犯罪内容が、もっぱら許可手続により担保される統制を回避することにある場合には、やはり妥当でない。従って処罰阻却事由が問題となるのは、例えば325条（大気汚染および騒音）のような規定において、構成要件に該当する環境危険を引き起こさないため許可を義務づけられた行為が黙認されている場合に限られることになる。

51 また、やはりまだ十分に解明されていないものとして、官庁による許可は、その許可された行為によって生じうる個人的法益（身体、財産等々）の侵害の刑法上の責任をどこまで阻却するか、という問題がある。結果が、許可によってカバーされる余剰危険の現実化である場合は、許された危険として帰属が否定されること、しかし、結果が行為者の過誤行為が付け加わったことによるものである場合には、刑法上の責任は依然として残ることは、明らかである。きわめて単純な事例で見ると、運転免許証の所有者は、道路交通の一般的危険から生じる結果については責任を負わないが、自分自身の交通違反に基づく結果について

者の売却益の方が重要であるために違法阻却されるだけなのである。

47 官庁の許可が構成要件該当性を阻却するのかそれとも違法阻却事由にすぎないのかという問題が実質的な意味を持つのは、官庁の側に意思の瑕疵がある場合である。通説によれば、欺罔または脅迫により得られた官庁の許可を利用するのは権利濫用であるから、その許可が行政法上は無効ではなく取消しうるものにすぎないにもかかわらず、行為者は可罰的であるとされる。また、官庁の収賄の場合、それ以外の共謀行為の場合、さらには認可の実質的違法性を認識してなされた行為の場合にも、可罰的であるとする見解もある。だがこれは、許可が構成要件該当性を阻却する場合にはそもそも無理な解釈である。例えば、虚偽の申告によって運転免許証を不正に取得した場合に道路交通法21条により処罰することは、罪刑法定主義違反であろう。この者が必要な認可を得ていないにもかかわらず自動車を運転したとは言えないからである（彼は認可を行政法上有効な形で得ているのである！）。他方、許可が違法阻却事由である場合には、権利濫用という理論構成は可能である。なぜなら、この場合には罪刑法定主義は目的論的に限定された形でしか妥当せず、法の文言による制約はないからである（詳細は第5章，Rn. 42）。

48 違法性を阻却する官庁による許可は、34条の特例である。従って、許可とともに、あるいは許可の代わりに34条を援用することは、通常はありえない（34条と他の違法阻却事由との競合の問題につき、詳細は第14章，Rn. 47ff. 参照）。なぜなら、許可によって行われた利益衡量の結論は拘束的であり、34条の枠内で別の衡量をすることによって変更されてはならないからである。例外は、構成要件に該当する行為（例えば、突然倒壊しかけた文化財家屋を破壊する行為）を急いで行わねばならないため、許可を取りつけることができない場合のみである。

49 それ以外の諸原則は、構成要件該当性を阻却する許可にも、違法性を阻却する許可にも、共通にあてはまる。従って、単なる許可される資格、すなわち許可が与えられうるし与えられねばならないという状況が

自体としては社会的に認められたものであり、許可義務はただ危殆化の観点から予防統制のためになされるにすぎない。例えば、自動車運転は、官庁による許可（運転免許証！）がある場合は構成要件該当性がないが、それがいない場合は可罰的である（道路交通法21条）。パスポートなしに入国する外国人は外国人法47条により処罰されるが、有効なパスポートを持っている場合は構成要件該当性がない。連邦保健庁から麻薬の取引の許可を得ている者（麻薬法3条）は、麻薬犯罪の構成要件に該当しない。同様に、原子力の平和的利用は、「必要な許可」がある場合（327条）には構成要件該当性がない。

45 だが、通常は否認されている行為がごく例外的に許可されるものである、いわゆる認可留保付き抑止的禁止の場合であっても、通常存在する危険が具体的場合において排除されており官庁による許可が与えられているならば、その許可は構成要件該当性を阻却する。例えば、公務員の贈物受領が官庁により許可されている場合（331条3項）、それは構成要件該当性がないのであって、構成要件に該当するが違法性が阻却された行為というわけではない。

46 従って、官庁による許可が違法阻却事由となる場合として残っているのは、主に、認可留保付きの抑止的禁止で、それ自体としては有害で不当な行為が、別の優越利益のために違法阻却されるという場合である。例えば通説によれば284条の場合がそうであり、賭博熱につけ込むことは原則的には禁止されているが、国家財政上の利益が優越しているために認容されることになる（第10章，Rn. 32参照）。同様に、私的な武器所有は原則として可罰的であり（武器法53条1項3号，3号a），それは常に一定の危険を生じさせるものであるから、それが武器法32条により「必要性」に基づいて許可されており違法阻却される場合でも、構成要件該当性はあるのである。登録済みの文化財の輸出が官庁から許可されている場合（文化財流出防止法16条1項a，1条4項）も、構成要件に類型化された文化財侵害であることは変わらず、ただ具体的場合に所有

ら、実際上は、教師による生徒の殴打が正当防衛により違法阻却されるのはごく例外的場合（例えば生徒が暴力をふるってきた場合）にすぎない。なぜなら、学校法令が規定するすべての秩序措置が役に立たない場合にのみ、殴打は「必要」であるということになるからである。それに加えて、正当防衛権は常に社会倫理的制限の下にあり（第15章, Rn. 51 ff. 参照）、教師の反撃がこれに合致するのは非常に重大な場合に限られるであろう。

E. 官庁の許可

42 官庁の許可（あるいは認可）は、とりわけ特別刑法の分野で重要な意味をもち、また刑法典においても同様であるが、しかしその法的特殊性に関しては長い間顧みられることはなかった。可罰性を行政法上の許可の不存在に広汎に依存させている（いわゆる行政従属性のある）環境刑法（324条以下）の重要性が高まるにつれてようやく、官庁による許可の問題が刑法解釈学の焦点になったのである。だが、この題材の学問的考察はまだ端緒の段階である。官庁による許可は、そのほとんどが違法性以前に構成要件該当性自体を阻却するものであり、その多様性は各則の規定の文脈からのみ解釈しうるものであるから、ここでは簡潔に扱うことにする。

43 官庁による許可は違法阻却事由でも構成要件該当性阻却事由でもありうるという事情については、すでに構成要件論のところで指摘した（第10章, Rn. 32）。まず、官庁による許可は——「同意（Einverständnis）」（第13章, Rn. 2 参照）に対応して——、官庁の意思に反する行為であることが構成要件要素となっている場合には、構成要件該当性を阻却する。例えば、公金支出の許可は266条にいう財産管理義務違反を阻却し、公共施設への立入許可は123条にいう侵入を阻却する。

44 だが、官庁による許可は、いわゆる認可留保付きの予防的禁止の場合にも、構成要件該当性を阻却する。その場合、問題となる行為はそれ

殴打のほか、適度の平手打ちも正当化しうるとされていた。また、職業学校の教師 (BGHSt 12, 62) には、親方や聖職者についてと同様、懲戒権は認められていなかった。判例は当初この判決に従っていた。だが BGH NJW 1976, 1949f. は、学説が判例に対して加えた批判は「重大な反論」であることを認めた。ただし同判決は、起訴された教師には、従来の判例によればいずれにせよ回避不可能な禁止の錯誤が認められるという理由で、懲戒権の有無を未決定のままにしている。

39 他方、学説には教師の懲戒権を認めるものはもはや存在しない。幾つかの州では教師の懲戒権は法律によって廃止されているし (バーデン・ヴュルテンベルク、ノルトライン・ヴェストファーレン、ラインラント・ファルツ、シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン、バイエルン)、それ以外の州もおそらく遅かれ早かれこれに従うことであろうから、そうなればこの問題はそれだけでも消滅してしまうことになる。またそれを措いても、法律による禁止を設けていない州でも、教師の懲戒権は (少なくとももはや) 存在しないのである。すなわち第一に、基本法 2 条 2 項によれば、身体の不可侵の権利の侵害は「法律によってのみ」許される。慣習法は法律ではない。BGHSt 11, 250 は、殴打は身体の不可侵に違反しないとすることによってこの問題を回避しようとしているが、それは基本法の文言と趣旨に照らせば無理といわざるをえない。第二に、懲戒権の慣習法的効力は過去数十年の間はたしかに存在していたが、その間に逆の慣習法によって廃されてしまっている。多数の州で法律上禁止され、それ以外の州でも少なくとも行政命令によって禁止され、しかも教師、両親、教育学者、心理学者らにより今日ほとんど一致して否定されている行為に、慣習法上の承認があるとはできない。近い将来、判例もこの結論に至らざるをえないであろう。

40 むろん教師にも正当防衛権はあり、必要な場合には腕力による叱責もそれによって正当化されることはある。教師の公務員としての地位は、それを妨げるものではない (第15章, Rn. 89ff. 参照)。しかしなが

る (BGHSt 12, 67f.)。すなわち、両親がその不在中子供を隣人に預ける場合、両親は彼らに、子供がひどい悪戯をしたときは懲戒することを許可することができる。同様のことは、「小児科看護婦、保母、家庭教師、その他これに類似した地位にある者」(BGHSt 12, 68)にも妥当する。とりわけ、自己の権利としては懲戒権がない継親にも妥当する (Rn. 32 参照)。ただし、特定の教育権の委任は当然に懲戒権を含むわけではなく、懲戒権については特に付与が必要である (RGSt 76, 3)。また、行使の委任可能性は、当該教育者が両親に準じた任務を行うものであることを要件とする。従って、公立学校の教師への委任は許されない。それを認めると教師の職務権限が不当に拡大されてしまうし、同一のクラスの生徒たちに対して懲戒権がさまざま異なって用いられるのは不当だからである。法律による懲戒権行使の委任は、監護教育の限度で認められている。これに対して、少年検察官が犯罪を行った少年に体罰を加えた後に捜査手続を中止した場合には、常に可罰的な傷害 (および枉法) が成立する (BGHSt 32, 357)。たとえ少年あるいはその親の「承諾」がある場合でも、同じである。なぜなら、それによって検事に法律上禁止されている制裁能力が与えられるわけではないし、また、処罰威嚇によって強要された「承諾」はそもそも無効だからである (第13章, Rn. 78ff. 参照)。

2. 教師の懲戒権？

38 これに対して、公立学校における教師の懲戒権は今日ではもはや認めることはできない。かつてライヒ裁判所は、そのような懲戒権を教師の教育の職責から直接に導き出していた。連邦通常裁判所は当初これを踏襲することに対して懐疑的であったが (BGHSt 6, 263)、その一方で、BGHSt 11, 241は慣習法による懲戒権を肯定し、それはこれと対立する行政命令によっても失効させられることはない、とした。この慣習法による懲戒権は、小学校学齢にある子供に対して認められ、籐の杖による

棄されているのである。他方、「彼に任された少女に裸になることを命じ、鞭で打った場合」(BGHSt 13, 138)は、それはすでに客観的に屈辱的な行為であり、違法阻却されえない行為である。連邦通常裁判所は、「性的な動機も働いていることを自覚している」場合には、たとえ教育目的が主であっても違法阻却には不十分であるとしているが、そのような細かな論理は不要だったのである。懲戒の際にはときおりサディスティックな動機も働くことがあるが、それはサディスティックな行為として現れるのが通常である。そのような行為はそれ自体として処罰すればよく、第一次的にその動機を理由として処罰すべきものではないのである。主観的正当化要素の問題に関する基本的観点につき、第14章, Rn. 91ff. 参照。

36 他人の子に対する懲戒権は存在しない。ひどい悪戯をその場で罰するという場合でもそうである。かつては上級ラント裁判所判例や学説でとられていた異説は、今日ではもはや支持されていない。懲戒は、教育権者の一身専属的権限である。従って、「民法679条によって」公益のために教育権者の意思に反して懲戒を与えること(ヴェルツェル)は認められない。せいぜいのところ両親の推定的承諾による違法阻却が問題となるにすぎないが、それも彼らの承諾を肯定することのできる具体的根拠がある例外的場合に限られる(詳細は第18章, Rn. 23参照)。もちろん正当防衛は別である。すなわち、子供に攻撃された者は必要ならば殴打によって自衛することが許される。ただし、子供に対しては正当防衛の社会倫理的制限を守らねばならない(第15章, Rn. 55ff.参照)。また、この範囲内で緊急救助も許される。すなわち、子供が老女に石を投げつけているところへやって来た者は、注意しても無駄だった場合、平手打ちをして子供を追い払ってもよい。だがそれは懲戒権の問題ではなく、32条の問題である。

37 懲戒権自体はその一身専属的性格のために委任することは不可能であるが、特別の看護関係の範囲内でその行使を委任することは可能であ

条の構成要件該当性自体が存在しないとする見解には、賛成できない。なぜなら、223条は身体の福利（Wohlbefinden）を保護するものだからである。これが懲戒によって侵害されている以上、それによって犯罪類型が実現されているのであり、構成要件に該当するのである。そのような苦痛を加えることが、それによって追求した目的のために許されるか否かは、もっぱら違法阻却の問題である。そして、そのような違法阻却は肯定されるべきである。たしかに法は、教育権が適度な体罰の権利を含むことを明言してはいない。また、教育的には、家庭内教育の手段としての体罰は廃止されることが望ましいことでもあろう。しかしながら、現在の社会的・心理的諸条件の下で、すべての親が手荒な教育をまったく行わずにやっていけるとするのは、現実から遊離した考えであろう。もしもここで、ひどい悪戯のため平手打ちをした全ての場合に刑法を発動しようとするなら、家庭を平和にするどころではなく、破壊してしまうことになるであろう。

34 もちろん、家庭内での懲戒権を是認できるというのは、外出血・内出血などをさせることは教育権の濫用として223条bによって処罰されるとしたうえでのことである。すなわち、民法1631条2項が屈辱的な懲戒（例えば足蹴にする、髪を醜く切り取る、縛って殴打する、全裸になるよう強制する、等の）を明白に禁止しているのと同じである。何の理由もなく殴打することも、そのような場合に含めることになるだろう。このように懲戒権を客観的に限定することは、違法阻却を「懲戒行為について教育的動機が決定的」（ヒルシュ）であったことにかからしめようとする一般的な見解よりも妥当である。なぜなら、懲戒につき十分な理由が存在しそれが客観的に許される範囲内にとどまっていた場合、懲戒者の最終的動機を裁判所は認定することができないからである。また、怒りや立腹が懲戒の理由であるときにも違法阻却を否定しない（BGH GA 1963, 82; BayObLG NJW 1979, 1373; OLG Hamm NJW 1956, 1690）のであれば、「教育的動機」の要件は、論者たちによっても実際のところは放

者にたまたま路上で出会って、彼がどこかに消え去ってしまう前に、自救のために彼を拘束するという場合である。すなわち、例えば所有者が、盗まれた物を運んでいる窃盗犯人とたまたま出会った場合、警察がそばにいないときには、逃げようとする犯人を「拘束し」、盗品を「奪取し」、場合によってはその「抵抗を排除する」ことが許される。その際、実力の行使が許されるのは、刑事訴訟法127条1項1号でも認められている程度においてのみである。すなわち例えば、債務者を骨折させたり、彼の生命を危険にさらしたりすることは、禁止されている(RGSt 69, 308)。もちろん、例えば債務者が債権者に対してナイフを持ち出すなどの積極的な抵抗をした場合には、債権者には完全な正当防衛権がある。

D. 懲戒権

31 懲戒権は、違法阻却事由として、傷害（殴打を加える場合）ばかりでなく、例えば自由剥奪（監禁）や、強要（免責や賠償等々の強制）についても問題となる。その是非や範囲については激しく争われている。

1. 私的懲戒権

32 通説は、家庭内で教育的理由から未成年の子供に対してなされる懲戒が許されることを認めている。懲戒が殴打でなされた場合、構成要件該当性はあるが、健康侵害の惹起がなく屈辱的な手段方法でなされたのでないかぎり、違法性が阻却される。親の場合は、懲戒権は民法1631条から（すなわち一般的教育権から）生じるが、非嫡出子の母、養親、後見人の場合は、懲戒権は民法1705条、1754条、1800条による同規定の準用から生じることになる。他方、継親の場合は、継子とは姻戚関係しかないもので、これに対して自己の権利として懲戒権が生じることはない（民法1590条）。

33 教育目的でなされる体罰は暴行（Mißhandlung）ではないから223

である。なぜなら、ナンバーからは、運転者が誰であることを確実に結論することはできないからである。

27 刑訴法127条1項1号が違法阻却するのは、逮捕に通常不可欠であるような構成要件該当行為のみである。すなわち、しっかりと掴むことによる軽微な傷害、捕えておくこと、場合によっては監禁したり縛ったりすることによる自由剥奪、派出所への同行を強いることによる強要、などである。これに対して、健康侵害（例えば被逮捕者を殴り倒すこと）や、まして殴打用武器、刺突用武器、銃器の使用は、通説であり正当な見解によれば許されない。また、警察官が仮逮捕の目的で、自己の車両を用いてオートバイ運転者を意図的に転倒させ故意に傷害することも許されない（BayOblG NStZ 1988, 518）。異説は、均衡性の範囲内でより広い実力の行使を認め、極めて重大な犯罪の場合には銃器の使用さえ認める。だが、私人にそのような重大な介入を許すことは、とりわけ、場合によっては無実の者が被害者となるかもしれないことを考えると（Rn. 23ff.），行き過ぎである。もちろん、犯人の側が逮捕に抵抗して逮捕者に暴行を用いる場合、逮捕者には正当防衛権があり、必要ならば武器の使用も許される。他方、身体拘束よりも軽度で、身体拘束をせずに済ませることのできる手段は許されている（例えば、身分証明書や自動車のキーを奪い取ること）。

2. 自救権

28 民法229条によれば、「自救の目的で、物を奪取、破壊もしくは毀損し、または……義務を負う者を」、彼に逃亡のおそれのある場合に「拘束し」、またはこの者の抵抗を排除した者は、「当局による援助が適時に得られず、かつ即時の介入がなければ権利の実現が不可能もしくは著しく困難になるおそれがあるときは」、違法に行為するものではない。「自救行為は、危険回避に必要な程度を超えてはならない」（民法230条1項）。その実際に重要な場合は、ある者が、名前も住所も知らない債務

い。

25 私人による逮捕が違法阻却されるためには、行為は犯罪でなければならない。不可罰な未遂・予備行為では足りない。予防的な防衛処置はせいぜい34条の問題となるにすぎない（第16章，Rn. 72ff. 参照）。刑事未成年者の犯罪行為も、秩序違反行為と同様（秩序違反に関する法律46条1項1号）、逮捕権を発生させるものではない。しかし、責任無能力者（例えば精神病者）の行為は逮捕権を発生させる。なぜなら、その場合には、刑法上の処分と訴訟手続（刑訴法126条a，413条以下）が問題となるからである。

26 逮捕の要件は、逃亡のおそれのあること、または即時に身元の確認が不可能なことである。通説によれば、「逃亡のおそれ」とは、逮捕者にとって、具体的状況下の限定された判断能力に基づき、逃亡があると思われる場合に存在する。犯行が重大で密かになされた場合は通常そのような場合である。すなわち、具体的場合の諸事情の評価を必要とする刑訴法112条2項2号の「逃亡の危険」よりも、低いもので足りるとされているのである。少数説は、刑訴法127条1項1号の「逃亡のおそれ」は表現上の誤りであるとする。私人は訓練された公務員以上のことを許されてはならない以上、ここでも、刑訴法112条2項2号と同義の「逃亡の危険」を必要とするのが正しいとするのである。だが、この見解に従うことはできない。なぜなら、刑事訴訟法127条1項1号が要求する「状況に依存する瞬間的判断」（ボルヘルト）は、勾留命令においては当然必要であるような、具体的場合の全事情の衡量を不可能とするからである。すなわち、法文の用語が異なっていることには十分意味があるのである。刑事訴訟法127条1項1号のもう一つの要件である身元確認の不可能性は、特に、現行犯で発見された者が身分証明書を携帯していない場合や身分証明書の呈示を拒む場合に認められる。もちろん、逮捕者が犯人を個人的に知っていて住所もわかっている場合は、そうではない。自動車のナンバーを書きとめることが可能というだけでは、不十分

照)である。なぜなら、その段階では絶対的确实性はないのであり、介入権もその時点で認識可能なものに結び付けられざるをえないからである。また、逮捕の適法性を、被逮捕者が犯人であるとする確定判決が出るまで未決定にしておくのも、妥当ではない。私人は未経験であることを指摘することは、私人にも公務員と同じ注意深さが要求される以上、反論とはならない。そして、公務員以上のものを要求し、あるいは認識不可能な事情の認識を適法性の要件にすることは、誤りである。

24 「私人の手によって不当に逮捕されようとする者に、正当防衛権を否定するのは不当である」(イエシェック)というのも、理解困難である。なぜなら、そのような被逮捕者を脅かすものは、無実が明らかになるまでの一時的な自由剥奪にすぎない。犯罪が行われた場所において疑わしい事情の下で発見された者にとっては、この無実の解明が何より重要なはずである。無実の者が、彼を犯人と思っている者に対して暴力的な行為に出れば、明白な疑いがより一層強まるだけであって、それは彼にとっては、たとえ原則的に正当防衛権が認められるとしても、好ましいことではないであろう。そのことを措くとしても、実は反対説も、一貫すれば正当防衛権を否定せざるをえないはずである。なぜなら、逮捕者が客観的に必要な注意に違反していない場合には、その行為には行為無価値がなく、違法性がないからである。たしかに、逮捕者は、錯誤が回避不能であるからといって介入権を有することにはならない。だが34条の権利に制限されている被逮捕者には、利益衡量を行えば、派出所への同行を期待しうるのは明らかである。然り。たとえ注意義務違反なく逮捕された者に正当防衛権を肯定するとしても、逮捕者に対する暴力的行為は正当化されないのである!なぜなら、逮捕者が善意であるために社会倫理的に制限された正当防衛権しか考慮されなくなるからである。そしてこれは、小さい被害の受忍を要求するものである(第15章, Rn. 56参照)。明白な嫌疑により、事態の解明のために一時的に待機することが要求されるという場合、問題となるのはこのようなものにすぎない。

1. 仮逮捕

22 刑事訴訟法127条1項1号は次のように規定する。「現行犯を発見され、または追跡されている者に、逃亡のおそれがあり、またはその身元をただちに確認できないときは、裁判官の命令がなくとも、何人でもその者を仮に逮捕することができる」。すなわち犯人は——間違いをできるだけ避けるため——in flagrantiに（現行犯で）逮捕されねばならない。従って、刑訴法127条1項1号は、「身柄と身元を確保するための現行犯逮捕（Flagrantzfestnahme）」（アッヘンバッハ）ということができる。犯行が可罰的未遂の段階にとどまっている場合ばかりでなく、犯行が既遂に達したが、犯人が犯行の場所で、あるいは去ろうとするときに発見され、即座に追跡されるという場合も「現行」犯である。数時間の追跡の後に初めて逮捕しえた場合であっても、犯行はまだ「現行」である。

23 主たる争点は、刑事訴訟法127条1項1号は、被逮捕者が現実に関人であると事後に証明されることを要するか、それとも、犯行の明白な嫌疑が客観的に存在しかつ逮捕者が犯行の場所にいる者を犯人であると過失なく想定したことで足りるか、という問題である。一般に認められ、とくに刑法学者の間では通説となっている見解は、前者の立場をとる。それは、主に、公務員の錯誤特権（Rn. 2ff. 参照）は私人には認められないこと、経験に乏しくしかも逮捕の義務もない私人に公務員と同じ権限を与えることは許されないこと、私人の手で不当に逮捕された者に正当防衛権を否定してはならないこと、を根拠とする。しかしながら、訴訟法学者の間で通説化しており、また他の分野でも有力化しつつある見解は、犯行の嫌疑が明白な場合には、客観的に必要な注意を払った上で相手方を犯人と思ったのであれば、それだけですでに私人に逮捕権を認めるという立場であり、こちらに賛成すべきである。なぜなら、国家が国民を公務に動員する場合、客観的に可能なあらゆる注意を用いること以上のものを国民に要求してはならないからである。加えて、訴訟の一般原則によれば、刑事手続の開始行為は常に嫌疑構成要件（Rn. 12参

反の行為を命じられた場合（例えば、速度違反の走行や無灯火車両での走行）である。BGHSt 19, 232によれば、「受命者が命じられた行為の実行によって違法な軽罪を犯すことになる蓋然性が多かれ少なかれある場合にも、命令の拘束性がなくなるかについては、疑問がありうる」。多くの秩序違反行為に当然に（eo ipso）伴う抽象的危険だけでは、命令を非拘束的とするにはまだ十分ではないが、道路交通の危険、傷害、あるいは殺人というような具体的危険ならばそうである、とすることによって、この疑問を解決すべきであろう。なぜなら、立法者が可罰的行為に向けられた指令は非拘束的であると宣言している以上は、結果が実際に発生するかどうかは重要ではないからである。部下は、命令を受けた時点において、服従に危険が伴うためにそれを実行してはならないのかどうかを、わかっていなければならない。

C. 当局に代わって行う行為（Das Handeln pro magistratu）

21 Pro magistratu の行為と呼ばれているのは、本来権限のある機関が適時に到着することができない、あるいは出動の準備ができていないときに、私人がこれに代わって活動する場合である。主要な二つの場合は、刑訴法127条1項1号による私人による逮捕権と、民法229-231条による自救権である。両者の規定とも、以下では、原則的かつ刑法上重要な観点においてのみ取り扱う。ここに分類される事例としては、基本法20条4項の抵抗権があるが、これに関してはすでに緊急避難のところで論じた（16章, Rn. 114ff.）。正当防衛は pro magistratu の行為ではない。正当防衛は、第一次的に自衛のためのものであるし、また、補充的にのみ行いうるというわけではないからである。ただし正当防衛は、（特に法確証原理の要素の点においては）ここで扱うものと同じ特徴を有するものである。

間の尊厳、あるいは一部の秩序違反法を侵害する) 違反の場合には、不法回避の利益が優越する。場合によっては服従義務が優越することの根拠は、立法者が重大性の乏しい領域において違法命令の拘束性を部分的に承認していることと同じものである (Rn. 16末尾参照)。そこで、拘束性を認めることを前提とした上で、服従義務ある公務員についての配慮 (Rn. 17末尾参照) が利益衡量問題を決しなければならない。

19 これに対して、責任阻却説の根拠は不十分である。たしかに、違法命令を与える上司が不法を適法に変化させることはない。むしろ彼の行為は (従ってまた国家行為は)、たとえそれが適法に行為する道具によって遂行される場合でも、不法なままである。なるほど、違法命令の拘束性は、国民から、実行する受命者に対する正当防衛権を奪っている。正当防衛権は、上司自身が行為する場合であればそれに対して認められたはずのものである。だがそれは矛盾ではない。なぜなら、服従義務ある第三者の介入により、状況には新たな衡量要素が付け加わり、この要素が正当防衛権の肯定に関する判断を変えさせるからである。それによって、国民に何ら耐えがたいことが要求されているわけではない。なぜなら第一に、刑法によって保護された法益 (住居の平穏から物の所有権、身体の完全性に至るまで) の侵害に向けられた違法命令はそもそも非拘束的であるということによって、国民は重大な侵害を受忍する義務から免れているのである。第二に、国民は、もし損害が生じても、それに対して確実に支払能力のある、国家という債務者を有している。そして第三に、違法指令の実行に対しては、相手方は、法的状態の適切な判断に基づいて行為した場合には、その防衛的抵抗は34条により違法阻却されるのである。

20 民法上違法な行為に向けられた命令、あるいは——軍人の場合——秩序違反行為に向けられた命令は、それが過失犯を実現する危険を伴う場合にもなお拘束的であるかについては、争いがある。そのような事態は、特に軍事領域で生ずるのであり、軍人が事故に至りうる交通秩序違

は通常拘束的であるという解釈は避けられないのである。法のこうした立場の根拠として、さらに若干のことを付言することもできる。単に比較的軽微な法律違反が問題となるにすぎないところで、もしすべての部下が法的疑念から国家活動を麻痺させることができるとしたなら、執行権の活動は事実上「救いようのない形で麻痺」(Rn. 11参照)させられてしまうだろうからである。部下には異議申立権を与えるだけにとどめ、事情により通じていることが期待される上司に決定権を委ねることには、多くの利点がある。上司は独りで全責任を負うわけであるから、そうした最初から問題のある場合において権限を濫用する危険はほとんど存在しないのである。

17 違法な命令を実行しなければならない部下が責任を問われないことは、自明であり、あらゆる関連法規からも明らかである。だが、その部下は違法阻却されるのか、責任阻却されるにすぎないのかという問題は、相手方たる国民がその命令の実行に対して正当防衛権を有するか否かがかかっているにもかかわらず、成文法によっては解決されていない。通説は、実行する公務員に責任阻却しか認めない。それは特に、違法な命令は不法を合法に変化させるものではないこと、上司は自ら行つてはならないことを部下に命じて実現することが許されることはありえないこと、を論拠とする。服従義務ある受命者の違法阻却を肯定する反対説は、公務員に命令の実行を義務づけながら、この合義務的行為を同時に違法なものとして、公務員に対して正当防衛をなしうるとすることは、筋が通らないとする。

18 拘束的命令は、それが例外的に違法である場合でも、部下にとっては違法阻却事由となるとする見解が正当である。そのような場合、部下自身は、服従義務と違法行為の遂行禁止とが矛盾対立する、34条によって判断されるべき衝突状況にあるのである。この対立状況においては、公務員、軍人の服従の利益は、ささいな違反が問題である場合には、不法回避の利益に優越する。これに対して、より重い(例えば、刑法や人

令を実行しなければならない旨を定める規定が存在する。つまり、部下が可罰性を認識できない場合、可罰的命令は拘束的なのである。これは不合理なことではあるが、現行法上は受け入れざるをえないことである。實際上より重要なのは、命ぜられた行為の可罰性につき上司と部下との間に意見の対立がある場合、その命令は、部下が可罰性を認識していたことが正当であったことが後に判明したときでも、通常、拘束的であるということである。なぜなら、階級組織の本質として、疑わしいときは、しばしばより知識のある上司が最終決定権を有しているからである。例外は、「上司の判断が、現実的あるいは法的な観点から、もはや支持しえないものであるとき」(レンクナー)、すなわち、命ぜられた行為の可罰性が明白なときのみなのである。

16 違法行為に向けられた指令・命令は、上記以外の場合でも(すなわち、例えば、軍人が秩序違反行為を命じられた場合や公務員が民法違反の行為を指令された場合でも)、非拘束的であると主張する見解も、一部にはある。そのような指示の実行に制裁が科されていないことは、指示の拘束性を意味するわけではないというのである。だが、それは魅力的ですっきりした解決を可能にするものではあるが、関連法規の文言とは調和しないであろう。公務員法の規定は、明らかに、指令の適法性に疑念をもつ下位の公務員はそれを上司に上申しなければならないことを定めている。上申にもかかわらず上司がその指令を確認した場合には、「公務員はその指令を実行しなければならない」(連邦公務員法56条2項1号~3号、公務員法の統一に関する基本法38条2項)のである。これは、その指令を拘束的とする趣旨としか解釈できない。軍人の法的地位に関する法律11条1項1号では、次のように定められている。「軍人は上官に服従しなければならない」。それに続いて、命令に服従してはならない場合(その命令が犯罪行為に向けられたものであるとき)や、軍人が命令拒否により不服従を犯したことにはならない場合が定められている(軍人の法的地位に関する法律11条1項2号。Rn. 15を参照)。ここでも、それ以外の命令

い場合)。逮捕される者が逮捕状に掲げられた人物と自己との同一性を争っており、十分な身分証明もできない場合には、限定的正当防衛権を基礎におくとしても、彼には、一時的に公務員に従って自分の身元確認を可能にしてやることが期待されているのである。このような調停的な解決法の方が、議論の余地もない強行よりも、公共の福祉に有益なのである。

B. 違法な拘束的命令

15 違法な拘束的命令を実行する公務員には違法阻却事由あるいは責任阻却事由を与えるべきかという、かつて盛んに議論された問題は、実定法の規定が違法命令は非拘束的であると明示したことによって、今日ではすでに広範な領域において無意味なものとなっている。すなわち、公務員がその上司の指令を実行しなければならないのは、「彼に指令された行為が、可罰的ないし秩序違反的で……ない場合、あるいは、人間の尊厳を侵害しない場合においてのみである」(連邦公務員法56条2項3号、公務員法の統一に関する基本法38条2項2号)。軍部に関しては、軍人の法的地位に関する法律11条2項1号が、秩序違反行為について留保しつつ、以下のように規定している。「犯罪の遂行となる命令には服従してはならない」。軍人の法的地位に関する法律11条1項2号によれば、「人間の尊厳を侵害し、あるいは職務目的でなく発せられた命令に服従しないときには、不服従は存在しない」。同様の規定は他にも見られる(例えば、連邦執行公務員による公権力行使における直接強制に関する法律、各ラントの公務員法)。

15a しかし、一見したところとは異なり、可罰的行為を実行する義務は、現行法上まだ完全に廃止されているわけではない。公務員法の中には(例えば連邦公務員法56条2項3号)、命令が自分よりも高位の上司によって確認されている場合には、公務員は「彼に命ぜられた行為が可罰的でない場合、……その可罰性が彼に認識可能でない場合には」、その指

合 (RGSt 61, 297), 誤って採血を非医師に委託した場合 (BGHSt 24, 125), あるいは, 人違いのため勾留状に掲げられたのは別人を逮捕した場合, などである。そのような場合において, 公務員が必要な注意をすべて払ったにもかかわらず錯誤に陥った場合には, 故意も過失もないため, 彼自身は不可罰である。また, 相手方にも正当防衛権はない。なぜなら, 客観的に社会生活上必要な注意に適合した行為には行為無価値がなく, 従って違法ではないからである。たしかに, たとえ客観的に回避不可能な錯誤であってもそれは公務員に介入権を与えるものではないから, 国民には34条による防衛的緊急避難の権利はある (14章, Rn. 50 参照)。だが, そこで必要となる利益衡量を行うならば, 錯誤の被害者はただちに公務員を叩きのめすべきではなく, 錯誤に陥っていることを彼に教えなければならないのであり, 防衛的抵抗をすることが許されるのがせいぜいであることが, 当然であることが明らかになる。このような合理的な利益調整を行えば, 執行権に有利に操作した違法概念を用いることなしに, 結論的に判例の解決に近づくことになるのである。

14 国民に正当防衛権が認められるのは, 公務員が自己の介入権の事実的要件を過失によって誤想した場合のみである。このような場合には, 判例も正当防衛を肯定することに傾いている (重過失を要求せず, あるいは免責される公務員の主観的不備を刑法上「適法」とみなすようなことがないならではあるが)。だが, そのようにしたとしても, 「公益」にとって「救いようのない」不利益が生じるわけではない。なぜなら, 公務員には犯罪の故意が欠けているのだから, 正当防衛権は社会倫理上制限された形態でしか生じないからである (詳細は15章, Rn. 55ff. 参照)。すなわち, まず第一に, 誤って相手にされた国民が公務員にその錯誤を教えることが, 防衛の「必要性」の要件である。それがなされたなら, 公務担当者は反問することによって真実を確認することが, 法治国家的に適切なことである。それは多くの場合直ちに可能である (例えば, 執行官が正しい住居にいるのかどうか, あるいは採血者が本当に医師なのか, 疑わし

れない反抗のリスクを反抗者に負わせるものである」という。だが、官治国家の時代の遺物であるこのような公式は、民主国家においては、国家はその国民の自由を守り、公務員に法を厳格に遵守させなければならないという認識によって、相対化される必要がある。国民には、執行権の誤りに対しては（個人的な抵抗によってではなく）許された法的救済手続によって対抗することを期待するという、これまで繰り返されてきた見解は、許容されない執行によって生じた（自由剥奪、傷害等の）法益侵害は、後になって元に戻すことはもうできないのであるから、不当である。

12 もちろん良心的な公務員でも誤ることはあり、その場合の保護は必要である。だが、この保護は、違法性という一般概念を基本として、必要な範囲で十分に保障されるのである。公務担当者が見通しのきかない状況进行处理し、予測に従って行為し、あるいは緊急の処置を取らなければならない場合には、すでに介入構成要件自体が、有効な執行行為の必要を考慮した規則を定めている。それは、嫌疑構成要件、危険構成要件、仮執行可能性に関する規定によってなされている。典型的な嫌疑構成要件は、例えば刑事訴訟法112条、127条である。すなわち、犯罪の明白な嫌疑がある場合、国民は、無実であるときでも、同法127条2項によって勾留や仮逮捕を受忍しなければならない。特に警察法で支配的な「危険」「危険の可能性」という基準は、事実の推移によっては否定されることのある、事前判断に基づいた介入権を認めている。また、仮執行という制度（民事訴訟法708条以下参照）は、たとえそれが不当なものであることが後で判明する場合でも、介入が暫定的に受忍されねばならないことを前提としている。これらにより、状況が不明確でも行為が行われなければならないきわめて重要な場合に関して、執行権の錯誤の危険を捕捉し、特別な違法概念を不要とする規制が、すでになされているのである。

13 従って、残るのは、とりわけ、執行官が間違った住居に侵入した場

るのである。しかも、このような概念は刑法解釈学のあらゆる原則と矛盾する。なぜなら、介入の違法性が公務員の落度あるいは重大な落度により決定されるものとするならば、刑法の二つの基礎カテゴリーが、救いようのないほど混淆されてしまうからである。多くの判決が援用する公務員の「善意」も、故意を阻却しうるものではあっても、不法を合法に変化させうるものではない。

10 また、取消し可能な公権力の行使がその基礎となっている場合に、ただちに職務行為を適法と認めることも、正当ではない。公権力の行使は、それが取り消されないかぎり、それ自体としては有効に存在しているが、その執行が処罰構成要件に該当することによって、独自の違法阻却を必要とするのであり、それは特に介入を基礎づける事実の存在を前提とするのである。さもないと、行政行為が無効となるのは極めて稀であるから、公務員は、刑法上の帰結や抵抗を恐れることなく、あらゆる違法なことを行いうることになってしまう。正当にも、すでに大刑法委員会の審議において、連邦通常裁判所のバルドゥス部長は、ヴェルツェルの提案に対して次のように反対していた。「……私の経験によれば、警察の側にも一定のリスクが残されているべきである。もしもこれらの公務員が全くリスクなしに命令し行動することができるとしたら、ある種の好ましからざる実務がさらにひどくなるだけであろう」。

11 従って、職務行為に関するいかなる特別の違法概念も放棄しなければならないし、根拠法令に規定された要件が存在しないときは、それだけで常に受忍義務ある介入権を否定しなければならない。これに対して人々は、「国家は誤る偉大なる特権を有している」(W. イェリネック) という支配的な見解を、国家秩序のために行う公務担当者を支援するという刑事政策的必要性を主張することによって、常に正当化してきた。BGHSt 4, 164 は、錯誤特権は「執行公務員の職務執行に際しての決断力を保護するものである。さもないと、職務執行は公益にとって救いようのないほどに麻痺してしまうであろう。また錯誤特権は、許さ

在が注意深く厳密に審理されたとは思われない。しかも、公務員の重大な落度のみがその行為の適法性を阻却する、と明言するものさえ時折見られる。また、誤った法律見解に基づく決定の執行が、必ずしもすべて違法となるわけではないとされている。公務担当者が、上司の命令あるいは指揮権限ある官庁の指令によって行為する場合、判例によると、彼は善意でさえあれば、たとえその指令が誤った法律見解に基づくものであり、彼が何ら検討を加えなかった場合でも、適法に行為するものとされる。もっとも、恣意的で無効な指揮の場合には別であるという。若干の論者は、自己のイニシアチブで行為する公務員の場合にも、執行機関の「法律教育が十分ではない」場合もあるという理由で、事実に関する錯誤と法的状態の誤った評価とを、同一に扱おうとする。

8 かなりの学説は上述の「刑法上の違法概念」を非難するが、行政法に従属することによって、かえって介入される市民の立場をこれより悪化させてしまっている。すなわち、これによれば、公法上無効な、すなわち「重大かつ明白な瑕疵」のある公権力の行使だけが違法である一方、公務担当者の、許されないが取り消しうべきものにすぎない行為は、この説によれば受忍されねばならないものであり、適法とされるのである。これによれば、公務員は、判例がしている以上に特権化されることになる。なぜなら、判例は公務員の行為の適法性について、その不存在によってただちに指揮の無効がきたされるわけではない諸要件（管轄、相当性、合義務的検討など）を掲げているからである。

9 第一に、刑法上の違法概念は、それが行政法上、刑法上の理由のいずれによるにせよ、支持することはできない。判例が常に前提とする、介入権の事実的要件の確認における合義務的裁量なるものは存在しない。むしろ、事実的要件は実際に存在しなければならないのであり、それが存在しないときには介入権も存在しないのである。すべての公権的介入には法律上の留保が存在するのであるから、判例が、特殊な刑法上の違法概念を用いてこのような介入権を創造することは、禁じられてい

も、意味がない」(S. 350)。RGSt 38, 37ff. では、刑訴法127条2項の逮捕の要件が問題となったが、次のように述べられている。「これらの……行為事情が客観的にも存在していたかどうかを、確定する必要はない。彼（公務員）がその合義務的判断によりそれが存在すると考えたのであれば、それで足りるのである」(S. 375)。RGSt 61, 297ff. は、執行官による差押は、彼が「その住居は債務者のものであると誤認していた」場合でも、事情によっては適法であると述べている。「執行官が、義務違反的な落度なく、当該住居を債務者のものと考えることがありえたか、また実際に考えたていたか」だけが重要なのである (S. 299)。

6 この判例は、連邦通常裁判所にもそのまま踏襲されている。BGHSt 4, 161ff. によれば、「違法に行為する執行官に対して……正当防衛は……それ自体としては許されている。しかしながら執行行為の適法性は、主に実体法により決定されるというのではなく、通常は、介入行為に関する当該公務員の事物・土地管轄、法規上の様式性……あるいは……裁量の合理性によって決定されるのである」(S. 163)。BGHSt 21, 334ff. によれば、「秩序保持のため駅前広場でのビラ配布に介入した」鉄道公安官は、「彼が事情全体を合義務的に検討した結果、自己の介入が実体的に正当化されるものと考えることが許される場合には」すでに適法に行為するものであり、「秩序が現実には危殆化されていたか否かは重要ではない」(S. 335, ferner S. 363, 365)。警察官が刑訴法81条aの規定に反して、採血を医師でなく医療助手に行わせた場合、BGHSt 24, 125ff. によれば、この行為の実体法上の適法性は、もっぱら、彼が「善意で行為したこと、すなわち被疑者に採血を強制することのできる事実的要件を誤想したこと」から生じるとされる。ただし、このように認識したことに落度がなかったかどうかは、詳細に検討されてはいない。

7 一部には、職務上の強制介入の適法性につきより少ない要件で足りるとするものもある。すでに連邦通常裁判所判例においても、介入の事実的要件に関する錯誤の場合に、少なくともその「合義務的検討」の存

により公務員は、その行為が公法上違法で取り消されうべきものである場合でも、事情しだいでは適法に行為するものとされるからである。

3 それによると、ある介入が適法であるための要件は、第一に、当該公務員に事物管轄および土地管轄があることである。当該性質の介入がそもそもその職権範囲に属さない場合には、公務員には事物管轄がない（例えば検察官が刑訴法114条による勾留命令を発する場合）。土地管轄は、ラント公務員の場合、そのラントの境界で終わる（例外は裁判所構成法167条）。さらに、「具体的場合において、なされた職務行為の性質が重要となる。適法性は、ある種の職務行為の場合には、管区領域に結び付いていることがある。また別の職務行為の場合には、土地管轄が管区の範囲を越えて及ぶから、そのような結び付きが存在する必要はない」（BGHSt 4, 112）。自己の管区外で可罰的行為を阻止するため介入する地方警察官の場合がそれであり、他方、例えば鉄道公安警察の場合は、「警察権は鉄道の範囲内でのみ」である。

4 事物管轄と土地管轄のほかに、重要な形式規定の遵守（例えば刑訴法114条の勾留命令は書面で発せられることを要する）と、必要性和相当性の原則の遵守も要件となる。これに対して、介入権の事実的要件の存在に関する錯誤は、当該公務員が合義務的調査を尽くしたにもかかわらず誤った判断に至った場合は、その適法性を変えるものではないとされ、他方、介入権の法的限界に関する錯誤は、公務員の行為を刑法的意味においても常に違法とするものとされている。

5 これはすでにライヒ裁判所の確立した判例であった。RGSt 30, 348 ff. は、「実体的に不正な」行為を行った警察官が、「事態全体を考慮して」「義務違反なしに」、自分には他人の住居に侵入する権限があると誤信していたというものである。その公務員の錯誤が誤った法律見解によるものではなかったかが明らかにされていなかったため、ライヒ裁判所にとっては、それを適法な職務執行と認めることはできなかった。「そのような場合には、自己の行為の合義務性を彼が確信していたとして

A. 公務担当者の介入権

1 国家の公務担当者は、法規を執行するにつき、さまざまな形で強制を行わなければならない。そのような強制処置は通常、強要（240条）、逮捕監禁（239条）、傷害（223条）、住居侵入（123条）等の構成要件に該当する。その許容性は介入規範を前提とし、それは違法阻却事由となる。国家の介入権はきわめて多く、多くの法律に分散している。ここではそれらを個々の的に論じること、列挙することも不可能であるから、若干の例示にとどめざるをえない。重要かつ重大な介入権があるのは、刑事訴訟法である。例えば、81条以下（精神病院への収容）、81条a（身体の侵襲、採血検査）、81条b（強制的な写真撮影および指紋採取）、94条以下（押収）、102条以下（搜索）、112条以下（勾留。Verhaftung）、126条a（仮収容）、127条以下（仮逮捕）、134条（勾引）、164条（妨害者の逮捕）、および449条以下（刑の執行）等である。行刑法は、全体として、執行による自由剥奪の法治国的限界を規定するものであり、個別的に多くの強制措置を認めている（例えば行刑法94条以下）。また、民事訴訟法も広範な介入を可能としている。例えば、同法883条以下（執行官の介入）、888条・901条・909条（拘禁）である。破産法もそうであり、例えば101条2項（勾引、拘禁）、117条（占有剥奪）、121条1項2号（文書開封）もある。さらに、ほとんどはラント法に規定されているものであるが、性病患者（性病予防法18条2項）、精神病者・中毒者の強制処置・強制収用（後者はラント法）等々、非常に多くのものがある。

2 これらの介入の要件は、各法領域に属するものであるから、それが刑法上影響を持つとしても、刑法学の題材ではない。だが、公務員の介入は、刑法特有の性質の問題を伴ってくる。それは、公務員の錯誤はその介入の適法性に影響せず相手の正当防衛権が否定されるのか否か、そしてその範囲いかにんという問題に関係する。というのは、確立した判例・通説によれば、その場合には刑法特有の違法性概念が妥当し、それ

いる。

3 本章は、公務員の錯誤がその介入行為の合法性に影響を持たないかを検討するA、上司の違法な命令を遂行する部下の行為の合法性を肯定するB、私人の行う現行犯逮捕、自救行為を *Handeln pro magistratu* と位置づけるC、戦後のドイツで激しく議論された懲戒権を論ずるD、官庁の許認可に依存する行為が、その存否・有効性にどの程度依存するかという行政刑法的問題を扱うE、から構成されている。

本章の取り扱う違法阻却事由は、日本刑法の「法令行為・正当業務行為」に対応するものといえよう。だが、日本には刑法35条のような包括的に違法阻却効果を与える実定法があるため、教科書の叙述も、ともすれば、正当な行為の類型を、その合法性を当然のこととして列挙するという、平板なものになりやすい。正当防衛などの他の違法阻却事由の解説に比して、どうしても退屈で精彩を欠くものとなる傾向にある。これに対して、多くの判例・学説を素材として用いながら展開されるロクシンのここでの叙述は、教科書の他の部分と同様、躍動感にあふれている。それぞれの行為の違法阻却の実体を踏まえた上で論理的に展開され、しかも、具体的な事例解決の妥当性をもたらそうとする解釈論は説得力がある。

本章訳出の作業が、我々が日本刑法の違法阻却事由に関する問題をさらに深く考えるための参考にもなることを期待するものである。

臼木 豊 (訳)

第4編 違法性

第17章 職権と強制権、官庁の許可

翻 訳

ロクシン「職権と強制権，官庁の許可」

ドイツ刑法研究会

町野朔／長井圓／臼木豊

1 以下は，Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Auflage, 1994 (C. H. Beck) の「第17章 職権と強制権，官庁の許可」 (§17. Amts- und Zwangsrechte ; behördliche Genehmigung) の訳である。冒頭の文献一覧，脚注，および本文中に細かい字で組まれた補足的説明は訳出していないから，部分訳ということになろう。Randnummer は訳文の冒頭に記した。本文中の引用文で出典を示したほうがよいと思われるところは，原典の脚注から適宜補った。

2 本書の翻訳はすでに吉田宣之教授（桐蔭学園横浜大学）により開始され、『桐蔭法学』1巻1号以下に順次掲載されている（いずれも，1991年の初版の翻訳である）。本書全体をできるだけ早く訳出しようという教授の申し出があり，我々は本書の後半部分の翻訳を担当することによって，これに協力することになった。我々の第1回目「第14章 不法論の基本問題」，第2回目「第18章 許された危険」は『上智法学論集』40巻3号・4号誌上にそれぞれ掲載されたが，さらに近い将来に「第21章 禁止の錯誤」が『帝京法学』誌上に公刊される筈である。今回はその第3回目にあたる。貴重な紙面を提供していただいた『神奈川法学』編集委員の方々には，厚くお礼を申し上げる。

作業が順調に進行すれば，さらに推敲を加えて独立の書物として出版してみたいというのが我々の希望である。そのためにも，読者諸賢，同学の士からの訳の適否についての忌憚のないご意見，ご叱責を期待して